

## Trabajo Fin de Máster

Dictamen Jurídico con objeto de

*La actuación del FOGASA en el proceso laboral: La  
prescripción del artículo 279.2 LRJS y la  
sustantividad de los salarios de tramitación.*

Autor

Francisco José Tabuenca Ibáñez

Director

D. ÁNGEL LUIS VAL TENA

Derecho  
2019

## **ABREVIATURAS**

AA.VV.: Autores varios.

CC: Código Civil

ET: Estatuto de los Trabajadores.

Excma.: Excelentísima.

FOGASA: Fondo de Garantía Salarial.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LPL: Ley del Procedimiento Laboral.

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Rec.: Recurso.

SAMA: Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje.

Sec.: Sección.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

UMAC: Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

## ÍNDICE

<b>I.- ANTECEDENTES DE HECHO .....</b>	<b>1</b>
<b>II.- CUESTIONES QUE SE PLANTEAN .....</b>	<b>6</b>
<b>III.- LA NORMATIVA APLICABLE.....</b>	<b>7</b>
<b>IV.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS .....</b>	<b>8</b>
1. EL DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS CALIFICADO COMO IMPROCEDENTE, SUS CONSECUENCIAS Y RELACIÓN CON ESTE ASUNTO .....	8
2. LA ACTUACIÓN DEL FOGASA EN LA IMPUGNACIÓN DEL DEPSIDO IMPROCEDENTE CUANDO UNA EMPRESA ES DECLARADA INSOLVENTE .....	15
3. LA PRESCRIPCIÓN DE LA EJECUCIÓN Y SU <i>DIES A QUO</i> .....	19
4. LA DISTINTA SUSTANTIVIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE Y LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR .....	26
<b>V.- CONCLUSIONES.....</b>	<b>31</b>
<b>VI.- BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>35</b>
1. MANUALES .....	35
2. JURISPRUDENCIA (PLATAFORMAS DIGITALES CENDOJ Y EL DERECHO) .....	35

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

El 2 de mayo de 2017, un trabajador se presentó en nuestro despacho solicitando asesoramiento jurídico en relación a un asunto de despido. El trabajador contactó con este despacho a través de un conocido, quien ya era cliente nuestro en ese momento, y por ello la primera reunión establecida con el trabajador fue totalmente gratuita, actitud bastante común en muchos despachos, como tengo entendido.

Una vez reunidos, le invitamos a contarnos todo lo relacionado con su despido, para hacernos una idea sobre a qué nos íbamos a enfrentar y para comentar posteriormente una futura estrategia judicial.

En primer lugar, nos contó sus circunstancias personales, así como la relación que ha tenido con la empresa que lo despidió y la manera en que fue despedido. Se trataba de un trabajador con una antigüedad de 01/06/2011, con categoría profesional de ordenanza y con un salario bruto diario de 28,73 euros, incluida la parte proporcional de pagas extras. El día 12 de abril de 2017 recibió, mediante escrito de la empresa, la comunicación de la finalización de su relación laboral por despido objetivo, con efectos de 30 de abril de 2017, con derecho al abono de una indemnización por importe de 3.354,21 euros.

Además, nos informó que la carta de despido, pese a que en ella aparecía el motivo de causa objetiva del despido, no contenía nada más que justificara esa causa de despido objetivo. Además, nos comunicó que la empresa en ningún momento había puesto a su disposición la indemnización a la que hizo referencia en la carta de despido.

Una vez entablada esta primera relación con el cliente en nuestro despacho, se le expresó que este caso parecía corresponder con un despido improcedente, ya que ni se justificaba la causa objetiva ni se había aportado la indemnización que hacía referencia en la carta de despido. No obstante, se habló con el trabajador para que nos entregara una copia de la carta del despido para observarla al detalle y poder comenzar a preparar más profundamente la defensa del asunto.

Además, se le informó de las acciones que se tendrían que llevar a cabo contra la empresa, en su situación, y se pactó con él una provisión de fondos para los futuros

gastos que pudiera generar el proceso, como es habitual en este despacho profesional para todos los asuntos. Le dijimos que las acciones que serían convenientes o necesarias llevar a cabo, en caso de apreciarse verdaderamente una falta de causa objetiva en la carta del despido, serían la de presentar una papeleta de conciliación y, en caso de que la empresa no se presentará o no se llegase a un acuerdo en dicha fase de conciliación, la de interposición de una demanda por despido improcedente.

En todo momento se le informó de las actuaciones que eran convenientes llevar a cabo, nunca ejerciéndolas sin su voluntad. También se le comunicaba las consecuencias de esas acciones, es decir, todo lo que podía ocurrir, ya fuera algo positivo o negativo.

Tras unos días estudiando el caso y con el visto bueno del trabajador, procedimos a presentar la papeleta de conciliación ante el Sama Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje (SAMA), entidad que nos citó para el día 30 de septiembre de 2017. A esta reunión acudimos junto con el trabajador a la espera de poder llegar a un acuerdo con la empresa. Sin embargo, la representación de la empresa nos indicó que no podía llegar a ningún acuerdo porque estaba en concurso y no le podía readmitir ni pagar la cantidad referente a la indemnización. Por lo cual, el acto terminó sin avenencia.

Es por ello que, siendo voluntad del trabajador, interpusimos demanda de despido improcedente contra la empresa ante el Juzgado de lo Social de Zaragoza. El objetivo de esta demanda no era solo que un juez reconociera en sentencia la improcedencia del despido, sino que condenará a la empresa para en ejecución poder cobrar, aunque solo fuera la cantidad que le corresponde pagar al Fondo de Garantía Salarial como responsable subsidiario. Figura que se desarrollará más adelante en el presente dictamen.

En el juicio no se personó la parte demandada, la empresa, porque el Juzgado de lo Mercantil Dos de Zaragoza había acordado por autos de concurso voluntario la extinción de la mercantil por Auto de 18 de julio de 2017. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Social N° 7 de Zaragoza estimó la demanda y falló que se trataba de un despido improcedente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, y que se debían imponer las consecuencias inherentes a tal calificación

conforme a los artículos 56 del mismo texto legal y 110.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Legal. El juez condenó a la empresa a que a su elección, readmitiera al trabajador en su puesto de trabajo o lo indemnizara con la cantidad de 5.947,11 euros, y en el primer caso abonarle los salarios dejados de percibir razón de 28,73 euros brutos diarios desde la fecha del despido hasta la de la efectiva readmisión.

Pese a que esta Sentencia tenía un fallo condenatorio para la empresa y resultó algo positivo para el trabajador, a partir de aquí comenzaron los problemas. Visto que la empresa no ejerció la facultad de elección entra la readmisión y el pago de la indemnización, el día 22 de noviembre de 2018 interpusimos demanda de incidente de ejecución con el objetivo de que se reconociera la extinción de la relación laboral y cobrar en un futuro, al menos, la parte de la que se tiene que hacer cargo el Fondo de Garantía Salarial, ya que la situación de la empresa condenada era de insolvencia debido a que se había extinguido por concurso voluntario. La demanda de ejecución se interpuso en esa fecha debido a que no fue hasta el día 10 de septiembre de 2018 cuando se dictó la Diligencia de Ordenación por la que se declaró firme la Sentencia, haciéndose constar que la misma fue notificada a la empresa el 20 de julio de 2018 (mediante publicación edictal).

Por Auto de 21 de enero de 2019, se estimó la demanda de ejecución, condenando a la empresa demandada a indemnizar al trabajador con la cantidad de 7.606,27 euros, más los salarios de tramitación devengados desde la fecha de despido el 30 de abril de 2017 hasta el 21 de enero de 2019, a razón de 28,73 euros/día, con exclusión de los salarios devengados entre el 4 de septiembre de 2018 y el 22 de noviembre de 2018, en aplicación de las previsiones del artículo 279.2 LRJS. Ello fue estimado pese a la comparecencia del FOGASA en la que alegó la excepción de prescripción respecto de las cantidades indemnizatorias.

Sin embargo, mediante escrito de 24 de enero de 2019 el FOGASA formuló petición de reposición del Auto anterior, lo que dio lugar a la oposición al recurso por parte del trabajador. El Auto de 21 de febrero de 2019 estimó el recurso de reposición formulado por el FOGASA, declarando haber lugar a la excepción de prescripción formulada, y, por tanto, desestimando la demanda de incidente de ejecución formulada por la parte demandante.

Es este el momento en el que le tuvimos que comunicar al trabajador la complicada situación en la que nos encontrábamos para que pudiera cobrar la indemnización por despido improcedente. Sin embargo, le advertimos que no todo estaba perdido, que existen vías de recurso y que considerábamos que había suficientes fundamentos para defender la posición del trabajador, al menos para cobrar parte de dicha cantidad. Le informamos de los honorarios, de las posibilidades de actuación y de los posibles resultados.

El trabajador aceptó y dejó una vez más en nuestras manos su defensa legal en relación al asunto objeto de este dictamen. Así, lo primero que hicimos fue redactar un escrito manifestando la intención de interponer el Recurso de Suplicación contra el Auto de 21 de febrero de 2019, dentro del plazo que este último indicaba.

Posteriormente, procedimos a la redacción del Recurso de Suplicación, presentado el día 18 de marzo de 2019 ante el Juzgado de lo Social de Zaragoza para su remisión a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. En él se alegaban fundamentalmente los motivos por los que recurriamos, con fundamento en el artículo 193 a) LRJS, al haberse efectuado una interpretación del 272 LRJS contraria al artículo 24 de la Constitución Española y al principio *pro actione*. En este escrito, alegamos que el *dies a quo* para el computo de los tres meses a los que se refiere el artículo 272 LRJS se debe de entender desde la notificación de la Sentencia en el supuesto especial de que se haya notificado por vía de edictos, al no existir la empresa demandada. Junto a ello también alegamos subsidiariamente que en todo caso los salarios de tramitación tienen una sustantividad diferente a la indemnización, y los primeros no se pueden entender prescritos en nuestro caso. Pero ambas alegaciones serán tratadas en este dictamen posteriormente.

Para terminar de expresar todos los antecedentes fácticos, he de indicar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 24 de abril de 2019 estimó, pero parcialmente, el Recurso de Suplicación que interpusimos. Por un lado, desestimó la pretensión inicial de que se declare la extinción de la relación laboral con derecho del trabajador a percibir la indemnización por despido y los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la resolución de la relación laboral y, por otro lado, estimó la pretensión subsidiaria de que se condene a la empresa demandada al abono al actor de

los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

Finalmente, conociendo el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, informamos al cliente de la posibilidad que había de recurrir en casación, así como de los efectos y consecuencias que se podrían dar. El trabajador decidió no interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, visto que era muy difícil conseguir una situación jurídica mejor de la que se tenía, pues la jurisprudencia era clara y el plazo para solicitar la indemnización había prescrito.



## II.- CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

En el presente dictamen se intenta dar respuesta a distintas cuestiones que se dilucidan en el ámbito laboral. En concreto, son situaciones especiales en que el deudor es incapaz de asumir la deuda y el ejecutante tiene que abrir la vía de la distribución para cobrar, aunque sea la parte del FOGASA.

En definitiva, en este dictamen se intenta dar respuesta a las siguientes cuestiones:

1. ¿Cuáles son las causas y consecuencias del despido improcedente por causas objetivas en relación con este asunto?
2. ¿Qué posibilidades de actuación tiene el trabajador en caso de que la empresa sea insolvente por extinción o cierre de la misma?
3. ¿Cómo y en qué momento puede actuar el FOGASA en el proceso laboral y cómo se puede recurrir a él como obligado subsidiario al pago de la indemnización por despido improcedente? ¿Y hasta qué importe es posible recuperar del FOGASA en caso de insolvencia del deudor?
4. ¿Cuál es el *dies a quo* del plazo de prescripción para la ejecución del artículo 279.2 LRJS? ¿Y en caso de que se haya notificado la Sentencia por vía de edictos?
5. ¿Tienen distinta sustantividad la indemnización por despido improcedente y los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia? ¿Es correcta la interpretación hecha en la STSJ de Aragón sobre nuestro asunto, al entender solo prescrita la indemnización y no los salarios dejados de percibir?

### **III.- LA NORMATIVA APLICABLE**

Para la redacción de este dictamen he empleado la normativa laboral pertinente junto con la jurisprudencia necesaria para este caso en concreto. No solo se ha empleado la jurisprudencia y normativa que se utilizó en los escritos desarrollados en este asunto, sino que se ha profundizado y se han contemplado otras sentencias, textos legales y bibliografía que han ayudado a comprender las cuestiones que se dieron en el despacho a la hora de llevar el caso y las que se han de resolver en este dictamen.

De manera más concreta, la normativa fundamental utilizada ha sido la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS); así como el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET); la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC); a Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral; el Real Decreto, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Laboral; y distintas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y alguna que otra sentencia del Tribunal Supremo. Añadiendo que se han empleado algunos capítulos de libros y artículos de materia laboral.

#### IV.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

##### 1. EL DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS CALIFICADO COMO IMPROCEDENTE, SUS CONSECUENCIAS Y RELACIÓN CON ESTE ASUNTO

El despido por causas objetivas es una de las formas que adoptan los empleadores para extinguir la relación de trabajo con sus trabajadores. Este tipo de despido se encuentra regulado en los artículos 52 y 53 del ET, y para ser ajustado a la legalidad debe derivarse de unas causas concretas y cumplir ciertos requisitos que se comentaran a continuación.

Tal y como establece el artículo 52 ET, existen causas tasadas por las que el empresario puede despedir objetivamente al trabajador, extinguiendo así el contrato de trabajo que les une<sup>1</sup>. Estas causas, con las matizaciones que hace la Ley y la jurisprudencia, es decir, no transcritas al completo por no excederme innecesariamente en su explicación en este Dictamen, son:

- a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa<sup>2</sup>.*
- b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables<sup>3</sup>.*
- c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo<sup>4</sup>.*
- d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos [...] <sup>5</sup>.*

---

<sup>1</sup> M<sup>a</sup> ASUNCION DOMBLAS Y MAITE FERNANDEZ BARAIBAR, *Calificación y Consecuencias del Despido Improcedente y por Causas Objetivas*, Volumen 5, 2007, Aranzadi, pág. 23: existe presunción legal de inocencia del trabajador ya que la falta imputada en la carta debe ser probada.

<sup>2</sup> STS, de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016).

<sup>3</sup> STSJ de Galicia, de 2 de mayo de 2013 (Rec. 473/2013).

<sup>4</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, de 31 de julio de 2012 (Rec. 728/2012).

<sup>5</sup> STS, de 19 de marzo de 2018, (Rec. 10/2016) y STC, de 16 de octubre de 2019, que avala la extinción del contrato por esta causa.

*e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate<sup>6</sup>.*

La insuficiencia de alguna de estas causas tasadas implicaría que el despido sea declarado improcedente de fondo, ya que el despido será calificado de tal manera si no queda acreditada o no se prueba la causa alegada por el empresario en la carta de despido. Sin embargo, esta improcedencia viene precedida por la improcedencia de forma y, por tanto, en caso de darse la deficiencia de forma no se entraría a estudiar la insuficiencia de fondo<sup>7</sup>.

Por ello, para un despido procedente y por causas objetivas se deben cumplir los requisitos recogidos en el artículo 53 ET, ya que de contrario nos encontraríamos ante un despido improcedente por deficiencia de forma. Estos requisitos son:

*a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.*

*b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.*

Simultaneidad exigida en todos los casos excepto en el despido por causas económicas, siempre que el empresario pruebe la falta de liquidez<sup>8</sup>. Si únicamente se hubiera dado el incumplimiento de este requisito el proceso de la vía jurisdiccional se habría producido como reclamación de cantidad<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> STSJ de Andalucía, de 11 de mayo de 2011 (Rec. 3293/2010).

<sup>7</sup> M<sup>a</sup> ASUNCION DOMBLAS Y MAITE FERNANDEZ BARAIBAR, *Calificación y Consecuencias del Despido Improcedente y por Causas Objetivas*, Volumen 5, 2007, Aranzadi, pág. 22.

<sup>8</sup> STSJ de Andalucía, de 22 de mayo de 2014, (Rec. 728/2014).

<sup>9</sup> M<sup>a</sup> ASUNCION DOMBLAS Y MAITE FERNANDEZ BARAIBAR, *Calificación y Consecuencias del Despido Improcedente y por Causas Objetivas*, Volumen 5, 2007, Aranzadi, pág. 358.

*c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo*<sup>10</sup>.

En este asunto solo se cumplieron dos de los tres requisitos expuestos. Es cierto que se hizo entrega de la comunicación escrita de despido por causa objetiva con la antelación necesaria de quince días. Sin embargo, como ya se ha explicado en los antecedentes, en dicha comunicación no se expresaba ninguna de las causas del artículo 52 ET. Además, en ningún momento se puso a disposición del trabajador la indemnización del apartado b) del artículo 53 ET. Por todo ello, se decidió en el despacho, con el consentimiento del trabajador y, tras considerar que finalmente nos encontrábamos ante un despido improcedente, comenzar las actuaciones necesarias para defender este asunto laboral.

Además, en nuestro caso, la empresa que despidió por causa objetiva al trabajador no cumplió lo dispuesto en el artículo 52 ET, pues, en la carta de despido otorgada al trabajador por el empresario, nada se decía al respecto sobre ninguna de las causas tasadas expuestas anteriormente.

Es en este punto donde se debe valorar, tanto la jurisdicción competente para conocer de este asunto, en caso de llevar a cabo actuaciones procesales, como las posibilidades de actuación que tiene el trabajador para ser defendido ante el despido, considerado previamente por esta parte como improcedente. Y se dice que es considerado precozmente como improcedente porque esa calificación no será definitiva hasta que el juez lo reconozca en la Sentencia correspondiente<sup>11</sup>, o así lo reconozca el empresario en la fase de conciliación<sup>12</sup>.

En virtud de los artículos 1 y 2 LRJS, es el orden jurisdiccional social el que se encarga de resolver las pretensiones de la rama social del derecho, así como las cuestiones litigiosas entre empresarios y trabajadores consecuencia de la relación que les une por el contrato de trabajo, y en el ejercicio de los derechos y obligaciones que ambos tienen o deben cumplir. Por eso, como en nuestro caso estamos ante un despido

---

<sup>10</sup> Vid. STSJ de Madrid, de 26 de noviembre de 2012 (Rec. 944/2012): la indemnización por despido improcedente es compatible con la indemnización por falta de preaviso.

<sup>11</sup> Art. 108.1 LRJS.

<sup>12</sup> STSJ de Cataluña, de 28 de noviembre de 2016 (Rec. 4893/2016).

derivado de una previa relación laboral, de un contrato de trabajo, es la jurisdicción social la que se ocupará de los conflictos ocasionados entre el trabajador y el empresario. Ya que, además, la competencia para resolver la acción individual de despido y, por tanto, su calificación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción social, no pudiendo el juez de lo mercantil pronunciarse sobre la calificación del despido<sup>13</sup>.

Habiendo considerado que nos hallamos ante un despido improcedente se deberá aconsejar al trabajador, como así se hizo, interponer la acción de impugnación correspondiente ante la extinción del contrato. Esta impugnación se halla regulada para los casos de extinción por razón de causas objetivas en los artículos 120 y siguientes LRJS. No obstante, antes de interponer la demanda por despido improcedente ante la jurisdicción social, es necesario acceder al proceso de conciliación laboral como requisito previo a ella, tal y como expresa el artículo 63 LRJS. Este artículo se refiere solo al intento de conciliación, ya que tras la presentación de la papeleta de conciliación ante el servicio administrativo oportuno, siendo el SAMA en este supuesto<sup>14</sup>, y la citación de las dos partes, se pueden dar tres posibles efectos. Así, salvando los casos en que no asistiere el solicitante<sup>15</sup>, es posible tanto que el acto de conciliación termine sin comparecencia del empresario<sup>16</sup>, como que asistan las partes y lleven o no a un acuerdo. Se trata de una fase muy importante porque lo acordado en ella será título suficiente para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación por el juez<sup>17</sup>.

En este caso, las dos partes acudieron al acto de conciliación en el que no pudieron llegar a ningún acuerdo, vista la insuficiencia económica del empresario. Por ello, el acto terminó con un acta firmada sin avenencia, es decir, sin acuerdo<sup>18</sup>. Y tras ello, se abrió la posibilidad del trabajador a realizar las acciones judiciales oportunas.

---

<sup>13</sup> ABRAHAM COBO SÁNCHEZ, *Las prestaciones del FOGASA. Cómo reclamar con éxito*, 2017 Wolters Kluwer, Pág. 152.

<sup>14</sup> En Aragón, es el Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje (SAMA), pero si se tratase de una reclamación de cantidad, la conciliación sería ante la Sección de Conciliación del Servicio Provincial del Departamento de Economía, Planificación y Empleo en Zaragoza y de la Dirección General de Trabajo, Autónomos y Economía Social, reconocida como UMAC.

<sup>15</sup> Vid. art. 66.2 LRJS, se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación, archivándose todo lo actuado.

<sup>16</sup> Vid. art. 66.3 LRJS, se tendrá por intentada sin efecto y serán a cargo del empresario las costas del proceso, si la sentencia coincide esencialmente con la pretensión solicitada en la papeleta de conciliación.

<sup>17</sup> STS, de 22 de febrero de 2019 (Rec. 226/2017), que confirma la ejecutividad del acuerdo obtenido en la fase de conciliación o mediación conforme al art. 68 LRJS.

<sup>18</sup> Vid. art. 65 LRJS, los plazos de prescripción y caducidad suspendidos con la presentación de la solicitud de conciliación se entenderán reanudados desde el día siguiente del intento de la conciliación.

El Título II LRJS contiene las modalidades procesales por las cuales se pueden impugnar los tipos de despidos o extinción del contrato de trabajo. En concreto, su Capítulo IV regula la modalidad procesal de la extinción del contrato por causas objetivas, además de por despido disciplinario y otras causas. El artículo 120 y siguientes LRJS regula la tramitación, plazos, calificación de la extinción en Sentencia y efectos de la misma para la anterior modalidad procesal, como es la que nos ocupa en este asunto.

El primero de los datos a tener en cuenta es el plazo para poder ejercitar la acción de impugnación de la decisión extintiva, que está fijado en veinte días hábiles desde la fecha de extinción del contrato, siempre y cuando el trabajador no prefiera anticipar la impugnación a partir del momento de la entrega de la comunicación escrita de preaviso por el empresario del artículo 53.1.a) ET, tal y como expone el art.121 LRJS. Además, en el supuesto de que el trabajador reciba la indemnización ofrecida por el empresario del artículo 53.1.b) ET o haga uso del permiso de buscar nuevo empleo, no se enerva la acción de impugnación<sup>19</sup>. En este asunto en concreto, la comunicación por escrito de preaviso fue entregada al trabajador el 12 de abril de 2017 para entender extintas las relaciones laborales para el 30 de abril de 2017, cumpliendo así con el plazo de preaviso de quince días del artículo 53.1.c) ET. El trabajador asistió al despacho por primera vez el 2 de mayo de 2017 y, tras la valoración del caso se decidió presentar la papeleta de conciliación necesaria, como se ha expresado anteriormente, para suspender el plazo de los veinte días hábiles del artículo 121.1 LRJS, ya que uno de los efectos de la presentación de la papeleta es la suspensión de los plazos de caducidad y la interrupción de los de prescripción, en virtud del artículo 65 LRJS. Posteriormente, finalizado el trámite de conciliación, se interpuso la demanda de impugnación por despido improcedente dentro del plazo descrito y tras la reanudación del mismo, plazo que en todo caso se computa desde la fecha de extinción del contrato<sup>20</sup>.

Por otro lado, es el artículo 123.2 LRJS el que remite a los trámites de condena o consecuencias, al empresario del despido disciplinario cuando la Sentencia declara la improcedencia del despido, como sucedió en este caso. Así, los efectos de la improcedencia del despido por causas objetivas son los mismos que para la

---

<sup>19</sup> STSJ de Madrid, de 14 de julio de 2017, (Rec. 126/2017), en concordancia con el apartado 2 del art. 121 LRJS.

<sup>20</sup> STSJ de Canarias, de 26 de enero de 2017 (Rec. 547/2016).

improcedencia del despido disciplinario, regulados en el artículo 110 LRJS. Y puesto que la Sentencia del Juzgado de lo Social de este asunto declaró la improcedencia del despido, se van a estudiar sus efectos, no así del despido nulo o del despido procedente que tendrían otras consecuencias diferentes.

Cuando el despido es declarado improcedente, se da al empresario la posibilidad de elegir entre dos opciones:

a) Readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido<sup>21</sup>, así como el abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el artículo 56.2 ET, es decir, la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

b) Abonar una indemnización cuya cuantía se haya regulada en el artículo 56.1 ET: la cuantía equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Pero, como en nuestro caso la antigüedad del trabajador era del 1 de enero de 2011, había que tener en cuenta el periodo trabajado antes del 12 de febrero de 2012<sup>22</sup>.

Para poder elegir, el empresario tendrá el plazo de cinco días desde la notificación de la Sentencia, y lo hará mediante escrito o comparecencia ante el Juzgado de lo Social. En caso de que transcurran los cinco días sin haber hecho uso de la opción, se entenderá hecha la readmisión, siempre que sea posible. También es posible que la opción quede fijada en la Sentencia, en caso de que así lo solicite el demandante en el acto del juicio, a razón de la imposibilidad del empresario a readmitir al trabajador<sup>23</sup>. E

---

<sup>21</sup> STS, de 27 de diciembre de 2013 (Rec. 3034/2012).

<sup>22</sup> La Disposición Transitoria Undécima del ET establece que: La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso.

<sup>23</sup> Vid STS, de 21 de julio de 2016 (Rec. 879/2015): Accionando esta opción por el trabajador se devengarán también los salarios de tramitación, ya que de forma contraria se estaría vulnerando el principio de economía procesal y de tutela efectiva hacia el trabajador despedido injustamente.



incluso es el empresario quien podría haber efectuado la opción en el acto del juicio, si hubiera acudido a él<sup>24</sup>.

En nuestro supuesto, sabiendo en el acto del juicio, y a la hora de dictar la Sentencia por el Juzgado de lo Social, la imposibilidad de readmitir al trabajador debido a la extinción de la empresa por Auto de concurso voluntario de fecha 18/07/2017, puede extrañar que se conceda el plazo de los cinco días para elegir al empresario, en lugar de condenar automáticamente en la Sentencia al abono de la indemnización correspondiente. Esto es debido a que el Juez no puede aplicar de oficio los apartados a) y b) del artículo 110.1 LRJS, sino que son las partes, demandada y la demandante, respectivamente, los que pueden accionar tales solicitudes en el acto del juicio<sup>25</sup>.

Incluso, se ha reconocido jurisprudencialmente que el FOGASA, en caso de haber sido llamado a juicio, pueda anticipar la opción conforme al art. 110.1.b) LRJS en el caso de que sea imposible la readmisión del trabajador. Es así que la reciente STS, de 5 de marzo de 2019 (Rec. 620/2018) expresa que *«especialmente porque el artículo 23.2 autoriza al FOGASA a instar en el proceso "lo que convenga en Derecho", la Sala considera factible que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción con efectos plenos en aquellos casos en los que concurren, simultáneamente, las siguientes circunstancias, [...]: en primer lugar, que la empresa no haya comparecido en el acto del juicio; en segundo, que estemos en presencia de alguno de los supuestos previstos en el artículo 23.2 LRJS, esto es, que se trate de empresas incursas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas, siempre que conste que la empresa ha cerrado sus actividades, siendo, en consecuencia, imposible o de difícil realización la readmisión; en tercero, que se trate de un supuesto en el que el titular de la opción fuere el empresario, pues no se puede sustituir el derecho de opción de quien no lo tiene; y, en cuarto lugar, que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción»*.

Además, que la empresa se encontrará en concurso no quería decir que la relación contractual se hubiera extinguido, pues esta extinción es la que se pretendía

---

<sup>24</sup> MARÍA GARCÍA VALVERDE, JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, M<sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA, *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre de*, art. 110, Efectos del despido improcedente, 2013, Comares S.L., pág. 606.

<sup>25</sup> Conforme a la STS, de 14 de febrero de 2019 (Rec. 1782/2017), el juez únicamente se pronunciará en la Sentencia sobre la manifestación del empresario por la anticipación de la opción cuando este la haga expresa en el propio acto del juicio.

lograr con el auto que resolviera el incidente de ejecución, ya que nada impide que los contratos de trabajo de la empresa declarada en concurso prosigan su desarrollo, lo que obviamente implica que ni se extinguen ni nace derecho indemnizatorio alguno a favor de los trabajadores<sup>26</sup>.

## 2. LA ACTUACIÓN DEL FOGASA EN LA IMPUGNACIÓN DEL DEPSIDO IMPROCEDENTE CUANDO UNA EMPRESA ES DECLARADA INSOLVENTE

La Sentencia que dicta el Juzgado de lo Social en este asunto expone como Hecho Probado Tercero que el Juzgado Mercantil de Zaragoza ha acordado en autos de concurso voluntario, la extinción de la mercantil demandada en este procedimiento laboral por Auto de 18/07/2017. Ello supone que el FOGASA va a ser parte fundamental en el procedimiento llevado a cabo, que va a ostentar derechos y obligaciones respecto de su posición jurídica que se van a desarrollar a lo largo de este apartado.

El FOGASA es un Organismo Público autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social cuya labor fundamental es garantizar los salarios, incluidos los de tramitación, y las indemnizaciones por despido o extinción de la relación laboral conforme a los artículos 50 y 51 ET, pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, en la cuantía, forma y con los límites previstos en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores<sup>27</sup>. Con esta finalidad fue creado el FOGASA por la Ley 16/1976, de 8 de abril<sup>28</sup>.

Cabe distinguir entre los casos en que es el trabajador el que recurre al FOGASA, y los que es el FOGASA quien decide interrumpir en el proceso laboral para ser parte en él.

---

<sup>26</sup> STS, de 25 de septiembre de 2018 (Rec. 3332/2016).

<sup>27</sup> Artículos 1 y 2 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

<sup>28</sup> Sienta sus bases posteriormente el artículo 33 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprueba el ET, y mejorando la redacción de este último conforme la Ley 32/1984, de 2 de agosto. Y el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento de FOGASA que diseñó su estructura organizativa y prestacional. *Vid. ABRAHAM COBO SÁNCHEZ, Las prestaciones del FOGASA. Cómo reclamar con éxito*, Wolters Kluwer, 2017, pág. 31.

En primer lugar, el trabajador despedido improcedentemente no puede acceder a las prestaciones del FOGASA hasta que la relación de trabajo con la empresa no se haya extinguido<sup>29</sup>. Esta es la doctrina unificada que ha establecido el TS en Sentencias como la STS, de 25 de septiembre de 2018 (Rec. 3332/2016), y que indica que las prestaciones del FOGASA no nacen en la fecha de declaración de concurso de una empresa, sino cuando se declaren extinguidos los contratos mediante auto de extinción de las relaciones laborales<sup>30</sup>. Esto es lo que se pretendía en nuestro caso, pues la Sentencia del Juzgado de lo Social, pese a establecer la improcedencia del despido, recoger en su Hecho Probado Tercero el Auto de concurso voluntario, y dar la opción al empresario de elegir entre la readmisión con los salarios de tramitación o la indemnización, no extinguió la relación laboral. En realidad, tendría que haber sido en el Auto que resolviera el incidente de ejecución, tras no hacer uso de la opción por el empresario, cuando se extinguiera dicha relación de trabajo<sup>31</sup>. Auto, que en nuestro supuesto llegó a dictarse pero que fue revocado tras el recurso de suplicación del FOGASA debido a la excepción procesal de prescripción que este organismo alegó.

Luego, en este supuesto se ha podido observar cómo se pretendía conseguir la extinción de la relación laboral, agotando así los métodos para cobrar la indemnización y salarios de tramitación del empresario, y poder acudir a las prestaciones del FOGASA que se expondrán a continuación. Y, sin embargo, debido a la excepción procesal de prescripción, fue el FOGASA quien se personó como parte en el proceso de ejecución y consiguió que el derecho a la indemnización se encontrara prescrito, conforme a las facultades y derechos que le confiere la Ley<sup>32</sup>, y que también se desarrollaran a continuación.

En segundo lugar, se va a establecer lo que hubiera correspondido en caso de que el incidente de ejecución se hubiera interpuesto dentro del plazo de tres meses del art. 279.2 LRJS. De haber sido así, nos encontraríamos con un Auto del Juzgado de lo

---

<sup>29</sup> STS, de 24 de septiembre de 2019 (Rec. 1397/2017), F.J. 2: «El TS entiende que el momento clave, a los efectos de determinar, en cada caso, la normativa aplicable, es aquél en que se produce la extinción del contrato de trabajo. La fecha de declaración del concurso no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del FOGASA, ya que, en su caso, el derecho al cobro de indemnización por despido sólo surge, en el momento en que se declara la extinción de la relación laboral. A partir de ahí es cuando debe responder tal organismo en la forma y con los límites establecidos de las obligaciones no satisfechas por aquélla».

<sup>30</sup> También, la STS, de 12 de abril de 2019 (Rec. 2894/2017).

<sup>31</sup> Art. 281.2.a) LRJS.

<sup>32</sup> Arts. 23.1 y 23.2 LRJS.

Social resolviendo la ejecución de la Sentencia de ese mismo Juzgado<sup>33</sup>. Una vez obtenido este Auto, el trabajador que no ha visto satisfecho sus créditos laborales, obtendrá una resolución sobre la insolvencia de la empresa, resolución que en todo caso contará con previa audiencia del FOGASA<sup>34</sup>. Y con ella, el trabajador podrá obtener del FOGASA, como responsable subsidiario, la indemnización y los salarios de trámite que le correspondían, con los límites establecidos en la Ley. La indemnización máxima de la que se hará cargo el FOGASA será la equivalente a anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, conforme al art. 33.2 ET. Y la cuantía a abonar en este caso de despido improcedente será la de 30 días por años de servicio<sup>35</sup>. Además, en este caso el FOGASA habría tenido las mismas facultades para alegar las excepciones y motivos de fondo convenientes<sup>36</sup>.

Y, en tercer lugar, puesto que lo del párrafo anterior no fue lo que ocurrió en nuestro caso, nos vamos a centrar en exponer y estudiar las posibilidades de actuación del FOGASA en el Proceso Laboral y su llamamiento, todo ello de acuerdo con el art. 23 LRJS. Las actuaciones precautorias del FOGASA son las derivadas de los procedimientos en que es demandado como responsable subsidiario de la deuda laboral, en virtud del artículo 23.1 LRJS, o cuando el empresario está desaparecido, en concurso o resulta insolvente, con base en el artículo 23.2 LRJS. Se puede decir que en el primer apartado del artículo 23 LRJS existe un llamamiento voluntario al FOGASA y en el segundo un llamamiento obligatorio.

El artículo 23.2 LRJS, respecto a la intervención del FOGASA, dice que *«En supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, así como de las ya declaradas insolventes o desaparecidas, y en las demandas de las que pudiera derivar la responsabilidad prevista en el apartado 8 del artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el secretario judicial citará como parte al Fondo de Garantía Salarial, dándole traslado de la demanda a fin de que éste pueda asumir*

---

<sup>33</sup> Vid. art. 237.2 LRJS, el órgano judicial encargado de la ejecución de la sentencia será el mismo que conoció del asunto en instancia.

<sup>34</sup> Art. 33.6 ET.

<sup>35</sup> ABRAHAM COBO SÁNCHEZ, *Las prestaciones del FOGASA. Cómo reclamar con éxito*, Wolters Kluwer, 2017, págs. 174 y 175.

<sup>36</sup> La STSJ de Cataluña, de 20 de enero de 2015 (Rec. Suplicación 6693/2014) estableció que: *«cuando el Fondo de Garantía Salarial no ha sido parte en el procedimiento ordinario puede posteriormente, cuando es objeto de reclamación efectuar la oposición oportuna invocando las excepciones y motivos de fondo que considere convenientes»*.

*sus obligaciones legales e instar lo que convenga en Derecho. Igualmente deberán ser notificadas al Fondo de Garantía las resoluciones de admisión a trámite, señalamiento de la vista o incidente y demás resoluciones, incluida la que ponga fin al trámite correspondiente, cuando pudieran derivarse responsabilidades para el mismo». Así el apartado 6 del mismo artículo 23 LRJS indica que «cuando el FOGASA hubiera sido emplazado con carácter preceptivo según lo dispuesto en el apartado 2, estará vinculado por la sentencia que se dicte».*

En nuestro caso, la declaración de insolvencia en Auto de concurso voluntario ha sido posterior a la demanda del trabajador y anterior a una Sentencia condenatoria por despido improcedente, pero sin vincular al FOGASA en ella, por lo que de ello se puede deducir que el FOGASA no fue emplazado conforme al apartado 2 del artículo 23 LRJS. Es posteriormente, en el procedimiento de ejecución, cuando el Organismo autónomo fue notificado para poder intervenir, ya que una vez iniciada la ejecución de la Sentencia el juez que tuviera conocimiento de que la empresa ejecutada se encuentra en una situación de las del art. 23.2 LRJS, deberá poner en conocimiento del FOGASA, para poder alegar este lo que estime oportuno<sup>37</sup>. Y así lo hizo, al alegar la prescripción de la acción de ejecución.

Además, se plantea la situación de hasta qué punto existiría un litisconsorcio pasivo necesario por parte del FOGASA en nuestro caso. Es decir, ante la situación de la insolvencia reconocida por el Juzgado de lo Mercantil antes de dictarse la Sentencia del Juzgado de lo Social que condenó al empresario por despido improcedente, ¿era o no era necesaria la intervención del FOGASA para que pudiera alegar lo que conviniese, dada su probable y futura responsabilidad? Hay que tener especial cuidado con no citar al FOGASA en estos casos, porque es posible que posteriormente no se le pueda reclamar al no serle oponible la sentencia constitutiva<sup>38</sup>.

Sin embargo, como ya se ha expresado respecto de nuestro caso, la declaración de insolvencia se produjo en un momento muy cercano a la Sentencia del Juzgado de lo Social, razón por la cual esta última no dice nada del FOGASA. Es tras el incidente de

---

<sup>37</sup> REMEDIOS ROQUETA BUJ, *La acción protectora del FOGASA*, 2017, Tirant lo Blanch, pág. 399.

<sup>38</sup> Art.33.3 ET: En caso de procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá estas obligaciones señaladas en los apartados anteriores.

ejecución iniciado por el trabajador por la no reincorporación a su puesto en la empresa, cuando el Organismo autónomo decide intervenir tras la notificación que le realiza el juzgado respetando el artículo 23.2 LRJS, por la posible afectación futura del incidente de ejecución. Luego, el momento en el que se notificó al FOGASA fue tras la Sentencia del Juzgado de lo Social, o iniciado el incidente de ejecución por el trabajador. Lo que está claro es que sea cual sea el momento en que comparezca el FOGASA, este dispone de todas las facultades de actuación para oponer las excepciones y medios de defensa que considere, por lo que puede participar en la fase de ejecución con toda la potencial procesal de condición de parte, tal y como expone el art. 23.3 LRJS.

Por último respecto a este apartado, en caso de que el trabajador hubiera iniciado el incidente de ejecución antes de cumplirse el plazo de prescripción, y en caso de haber tenido que responder el FOGASA como obligado subsidiario ante la imposibilidad de satisfacer al trabajador por parte de la empresa condenada, el Organismo se subrogaría en la titularidad del crédito que tiene el trabajador con base en los artículos 33.4 ET y 24 LRJS, y en la forma que corresponda según el empresario haya pagado todo o solo una parte de las cantidades debidas al trabajador, tal y como expone el art. 23.3 LRJS.<sup>39</sup>

### 3. LA PRESCRIPCIÓN DE LA EJECUCIÓN Y SU *DIES A QUO*

En el supuesto objeto de este Dictamen, el Auto de 21 de febrero de 2019 estimó el recurso de reposición formulado por el FOGASA contra el Auto de 21 de enero de 2019, declarando haber lugar a la excepción de prescripción formulada, y, por tanto, desestimando la demanda de incidente de ejecución formulada por la parte demandante.

Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho y en el Fundamento anterior de este Dictamen, el momento en el que el FOGASA actuó como parte fue en el proceso de ejecución, para alegar la excepción procesal de prescripción.

La prescripción que alega el FOGASA se regula en el art. 279 LRJS, el cual contiene los plazos para solicitar la readmisión por el trabajador. Así, cuando el empresario no procede a la readmisión del trabajador, este último podrá solicitar la ejecución del fallo de la Sentencia del Juzgado de lo Social. Para ello, la LRJS le otorga

---

<sup>39</sup> STS, de 20 de marzo de 2002 (Rec. Suplicación 1833/2001).

el plazo corto de veinte días o el largo de tres meses. El plazo de veinte días se regula en el primer apartado del art. 279 LRJS y se diferencian tres categorías, pudiendo el trabajador no readmitido solicitar la ejecución:

*a) Dentro de los veinte días siguientes a la fecha señalada para proceder a la readmisión, cuando ésta no se hubiere efectuado.*

*b) Dentro de los veinte días siguientes a aquel en el que expire el de los diez días a que se refiere el artículo anterior, cuando no se hubiera señalado fecha para reanudar la prestación laboral.*

*c) Dentro de los veinte días siguientes a la fecha en la que la readmisión tuvo lugar, cuando ésta se considerase irregular.*

Sin embargo, en nuestro supuesto el empresario no eligió ninguna opción, transcurriendo así el plazo de los cinco días establecido en el art. 56.1 ET. Y, por tanto, el plazo aplicable en este caso, y durante el cual el trabajador puede solicitar la ejecución de la Sentencia del Juzgado de lo Social, es de tres meses a contar desde la firmeza de la sentencia, conforme al segundo apartado del art. 279 LRJS. Así, en los casos en que la ejecución no se pida en el plazo de veinte días previsto en el art. 279.1 LRJS, el trabajador todavía puede utilizar el plazo de tres meses, sufriendo en este caso una penalización al no devengar los salarios derivados de ese retraso<sup>40</sup>.

Además, según el criterio doctrinal de Luis Fernando Andino Axpe, como todos los plazos establecidos para esta acción ejecutiva son de prescripción<sup>41</sup>, se ha roto la doctrina anterior a 1990 que establecía la caducidad de los plazos y, por tanto, es la parte interesada la que debe hacer valer la extemporaneidad de la acción, sin que pueda ser apreciada de oficio. Luego, como auténtica prescripción solo se podrá entender la del

---

<sup>40</sup> JUAN GARCÍA BLASCO Y MANUEL GONZÁLEZ LABRADA, *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre de*, art. 279, Plazos para solicitar la readmisión del trabajador, 2013, Comares S.L., pág. 1505: “Esta pérdida de salarios minorará la condena al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación hasta la fecha en que se declara la extinción [art. 281.2c) LRJS], cuando en el auto que resuelva el incidente de no readmisión extinga la relación laboral. Es decir, el auto condenará a los salarios dejados de percibir y que se hayan devengado pero no de todo el periodo”.

<sup>41</sup> En virtud del art. 279.3 LRJS.

plazo de los tres meses, no así la del plazo de veinte días<sup>42</sup>. También cabe tener en cuenta, que esta prescripción se puede interrumpir, ya sea por su ejercicio ante los tribunales conforme al art. 1973 CC, o mediante una reclamación extrajudicial como se reconoce jurisprudencialmente<sup>43</sup>. Lo que está claro es que en el caso de que se hubiera iniciado la ejecución dentro del plazo de los tres meses, la prescripción se hubiera desvanecido ya que la acción de ejecución persistiría hasta que la obligación se hallase cumplida totalmente, incluso existiendo el archivo provisional de las actuaciones<sup>44</sup>.

En nuestro supuesto, tanto FOGASA como la representación del trabajador han aceptado que el plazo a tener en cuenta para la ejecución es el largo de tres meses. Sin embargo, discrepan sobre el *dies a quo* de este plazo. Esta cuestión es la resuelta tanto en el Auto de 21 de febrero del 2019, que resuelve y estima el recurso de reposición del FOGASA, como en la Sentencia 241/2019 del TSJ de Aragón, que estima parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto por el trabajador, siendo ambas resoluciones pertenecientes a nuestro supuesto.

En cuanto, a la pretensión principal del Recurso de Suplicación, es decir, la relativa a la discusión sobre el *dies a quo* del plazo de tres meses del art. 279.2 LRJS, existen multitud de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia<sup>45</sup> y del Tribunal Supremo<sup>46</sup> que expresan de la misma manera la siguiente cuestión: *«a tenor de los artículos 1971 del Código Civil y 277.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, la prescripción comienza desde que la sentencia quedó firme, lo que no requiere declaración alguna porque el art. 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establecía que “transcurridos los términos señalados para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo utilizado quedará en Derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiera, sin*

---

<sup>42</sup> Criterio doctrinal de MONTERO AROCA, recogido en *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre de*, art. 279, Plazos para solicitar la readmisión del trabajador, 2013, Comares S.L., pág. 1505.

<sup>43</sup> STSJ de Aragón, de 17 de noviembre de 2010 (Rec. 736/2010): *«el letrado de [...] remitió un correo electrónico al abogado de la parte ejecutante, cuyo contenido se reseña en el hecho probado séptimo, que no puede sino interpretarse como un acto de reconocimiento de deuda que interrumpe la prescripción “ex” art. 1973 del Código Civil, por lo que esta Sala debe concluir que la acción cuya ejecución se instó el 9-4-2010 no estaba prescrita»*.

<sup>44</sup> ABRAHAM COBO SÁNCHEZ, *Las prestaciones del FOGASA. Cómo reclamar con éxito*, 2017, Wolters Kluwer, pág. 81.

<sup>45</sup> Entre otras muchas, la STSJ Galicia, de 15 de noviembre de 2004 (Rec. 3275/2004) y la STSJ Extremadura, de 21 de abril de 2004 (Rec. 186/2004).

<sup>46</sup> Entre muchas, las SSTs, de 5 de julio de 2011 (Rec. 2603/2010) y de 24 de enero de 2012 (Rec. 1413/2011).



*necesidad de declaración expresa sobre ello”, por tanto, la firmeza resulta del mero transcurso del plazo para recurrir de modo que si esa declaración se efectuase no por ello se retrasaría el inicio del plazo de prescripción, sin que se establezca lo contrario en los artículos 919 y 920 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que, evidentemente, no impone esa declaración de firmeza ni la notificación a una parte de la que se hizo a la otra, cualquiera que sea la forma o provincia en que se efectuase, esto es, aunque fuera por edictos y en provincia distinta, pues nada de ello se manda en los artículos 54 de la Ley Procesal Social y 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consecuentemente, no existe notificación de la notificación y, por ende, si el notificado quiere conservar sus derechos, habrá de estar no sólo con el examen de lo actuado sino también fuera de ellos respecto de aquellas diligencias que se practiquen extrajudicialmente, como la notificación edictal, [...]»<sup>47</sup>; Así, la jurisprudencia sigue diciendo que: «Es esencial tener presente que en el proceso social la firmeza de la sentencia no requiere declaración especial de ningún tipo, sino que se produce automáticamente, por el mero transcurso del plazo establecido para formular recurso frente a la misma..., la declaración o notificación de la firmeza en nada modifica la fecha real de ésta, sin que pueda renacer plazo alguno por acordarse el archivo de los autos, acuerdo que únicamente va dirigido a la ordenación procesal de lo actuado, sin incidencia sobre los derechos de las partes, de ahí que resulte irrelevante la notificación de la diligencia a las partes a los efectos de cómputo de la prescripción»<sup>48</sup>.*

Además, algunas de estas resoluciones contienen referencias a otras sentencias del Tribunal Supremo que tratan la firmeza de las resoluciones de los Juzgados de lo Social desde una perspectiva abstracta de la LEC. Por ejemplo, la STS, de 5 de julio de 2011 (Rec. 2603/2010) expone claramente como se debe atender a la firmeza de las sentencias de los Juzgados de lo Social. Esta Sentencia resuelve un recurso de suplicación sobre la incidencia del *dies a quo* del plazo de tres meses del art. 277.2 LPL, actual 279.2 LRJS, asunto de sustancial similitud con el que nos ocupa una parte de este Dictamen. En ella, el TS entiende que existe doctrina contraria<sup>49</sup> a la que se recurre, la cual reconoce que el *dies a quo* para dicho plazo es el de la notificación de la providencia que declara la firmeza. Doctrina a la que nos hemos tenido que acoger como representación del trabajador, en un intento de poder cobrar la indemnización

<sup>47</sup> STSJ de Andalucía, de 11 de enero de 2002 (Rec. 3662/2001).

<sup>48</sup> STSJ de Cataluña, de 15 de noviembre de 2012 (Rec. 5535/2012).

<sup>49</sup> STSJ de Canarias, de 25 de julio de 2000 (Rec. 328/2000).

correspondiente a este último por la no readmisión. Sin embargo, la Excma. Sala confirma la resolución recurrida y considera que la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social se consigue por el mero transcurso del plazo para interponer recurso, tal y como reconoce la mayor parte de la jurisprudencia<sup>50</sup>.

Su argumento proviene de la regulación de la firmeza en la LEC<sup>51</sup> y la LOPJ<sup>52</sup>, ya que ambas regulaciones estipulan que son resoluciones firmes aquellas contra las que no caben recursos. Lo que aplicado al art. 279.2 LRJS, que indica que el plazo de tres meses para solicitar la readmisión del trabajador inicia desde la firmeza de la sentencia, impone que no se pueda demorar el inicio del cómputo del plazo para instar la ejecución a la fecha de la providencia o auto que declare la firmeza de la sentencia, ni, en menor medida, a la de notificación de esta interlocutoria.

Luego, la jurisprudencia actual reconoce que, independientemente de que haya existido notificación edictal a la otra parte de la Sentencia surgida en el procedimiento judicial de despido improcedente, la firmeza de tal resolución se consigue al agotarse los recursos legales o transcurrido su plazo sin interponerlos, coincidiendo el día que se adquiere esta firmeza con el *dies a quo* del plazo de los tres meses del artículo 279.2 LRJS. Es decir, el día en que ya no caben más recursos legales por haberse agotado, o el día en que ha concluido el plazo para interponerlos, es el día en que empieza correr el plazo de los tres meses del art. 279.2 LRJS para interponer la ejecución de la Sentencia firme de despido. Por lo que, habiendo transcurrido en nuestro supuesto el plazo para recurrir en suplicación la Sentencia del Juzgado de lo Social que estimaba la demanda y declaraba la improcedencia del despido con sus consecuencias, esta ha devenido firme y, por tanto, el día que adquiere la firmeza es el *dies a quo* del plazo del art. 279.2 LRJS. Y habiendo transcurrido más de tres meses desde la firmeza de la Sentencia, se

---

<sup>50</sup> La STS, de 5 de julio de 2011 (Rec. 2603/2010) se refiere a que: «la firmeza se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia a estos efectos de cuándo sea declarada la firmeza y cuando sea notificada [...] pues, otra cosa, supondría dejar en manos del juzgador la eficacia de cosa juzgada de la sentencia y, como en este caso, la fijación del «dies a quo» del plazo de prescripción».

<sup>51</sup> Art. 207.2 y 4 LEC: Son resoluciones firmes aquéllas contra la que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado; Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella.

<sup>52</sup> Art. 245.3 LOPJ: Son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley.

ha de entender prescrito el plazo para interponer la ejecución de la Sentencia firme de despido conforme al art. 279 LRJS.

No obstante, pese al error de la representación del trabajador al interponer la demanda de incidente de ejecución fuera del plazo del art. 279.2 LRJS, esta parte hizo uso correcto del Recurso de Suplicación regulado en los arts. 190 y siguientes LRJS, al establecer en él una pretensión subsidiaria. El objetivo de este recurso era, no solo recurrir el Auto de 21 de febrero de 2019 para que el TSJ Aragón estimará no prescrito el plazo para ejecutar la Sentencia del Juzgado de lo Social, sino recurrirlo para que el TSJ Aragón estimara, en caso de no apreciar la petición principal anterior, la subsidiaria de entender no prescritos los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia de instancia, por tener distinta sustantividad y plazo que la indemnización por despido improcedente.

En cuanto a la distinta sustantividad entre los salarios de tramitación y la indemnización se hablará en el apartado posterior, sin embargo, sí que se quiere exponer en este Fundamento el precepto legal y la jurisprudencia en el que se basa la representación del trabajador y el TSJ Aragón para reconocer los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia de instancia, ya que no se puede entender que se hallen prescritos.

Tal y como reconoce una reciente Sentencia del Tribunal Supremo<sup>53</sup>, *«una vez realizado el cómputo de los tres meses en la forma indicada, desde la firmeza de la sentencia de despido que se intenta ejecutar, la prescripción especial que en él se contiene únicamente podrá proyectarse sobre el eventual incumplimiento de la obligación de hacer que se dice incumplida, esto es, la readmisión, de manera que todo lo que se refiera al percibo de la indemnización que se corresponda con la ausencia de tal readmisión estará prescrito si se pide más allá de los tres meses, como ocurre en este caso, y no se haya acreditado la interrupción de ese plazo de prescripción .*

*Pero los salarios de tramitación correspondientes al despido, esto es, los contenidos en el fallo de la sentencia y que comprenden los habidos desde la fecha del despido hasta los de la notificación de la sentencia, constituyen una cantidad concreta, susceptible de ejecución independiente, como antes se dijo, de manera que para el*

---

<sup>53</sup> STS, de 10 de junio de 2014 (Rec. 1409/2013).

*ejercicio de la acción de ejecución a ellos referida se habrá de estar a lo que se dispone con carácter general para tal tipo de condenas, esto es, al artículo 241.1 LPL EDL 1995/13689 (actual 243.1 de la LRJS), en el que se dice que, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 277 (279 de la vigente LRJS), el plazo para instar la ejecución será igual al fijado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretenda..." y se añade en el número 2 que "en todo caso, el plazo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de reclamar la entrega de sumas de dinero será de un año».*

Más allá de esta sentencia existen muchas otras<sup>54</sup> que recogen la misma doctrina, reconociendo que los salarios de tramitación tienen distinto plazo de prescripción que la indemnización por despido improcedente. Así, queda claro que, debido a la no readmisión del trabajador, este ostenta el plazo de tres meses para interponer la ejecución de la Sentencia del Juzgado de lo Social que reconoce la improcedencia del despido, ya que transcurrido este plazo prescribe el derecho a la indemnización por despido improcedente. Pero, en ningún caso prescribe, por el transcurso del plazo de tres meses del art. 279.2 LRJS, el derecho a los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia de instancia, ya que ellos tienen el plazo de prescripción de un año conforme al art. 243.2 LRJS.

Luego, en el supuesto objeto de este Dictamen, como todavía no había transcurrido el plazo de un año desde la Sentencia de instancia, el trabajador tenía derecho al cobro de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia de instancia. Por ello, el TSJ Aragón estimó parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, desestimando la pretensión inicial de reconocer el derecho a la indemnización y estimando, por otro lado, la pretensión subsidiaria de confirmar el derecho al cobro de los salarios de tramitación no prescritos. Por ello, subsiste la obligación del FOGASA de pagar esos salarios, una vez el trabajador los ejecute, estando dentro del plazo de un año conferido para ello, en virtud del art. 243.2 LRJS.

---

<sup>54</sup> STS, de 24 de enero de 2012 (Rec. 1413/2011); STS, de 4 de febrero de 1995 (Rec. 1450/1994).

#### 4. LA DISTINTA SUSTANTIVIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE Y LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR

En este Fundamento jurídico se trata de dar respuesta a la distinta clasificación entre la indemnización por despido improcedente y los salarios de tramitación dejados de percibir, para comprender de manera más exacta su diferencia, su naturaleza y la distinta aplicación de los plazos de prescripción expuesta en el apartado anterior.

La doctrina y jurisprudencia no siempre han seguido el mismo criterio en cuanto a la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación, ya que esta controversia no puede resolverse únicamente con la denominación que el art. 56.1 b) ET les otorga, al exponer este que, en los despidos improcedentes, el trabajador tiene derecho al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia que contiene la calificación de improcedencia, o hasta que se encuentra un nuevo empleo si esta colocación es anterior a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. Luego, la cuestión fundamental a resolver es si los salarios de tramitación tienen una naturaleza jurídica salarial o indemnizatoria.

En un primer momento se consideró que los salarios de tramitación tenían una base indemnizatoria o extrasalarial porque castigaban la decisión del empresario de despedir al trabajador de manera injusta, es decir, estos salarios actuaban como sanción. Esta naturaleza jurídica indemnizatoria o extrasalarial es la que se reconoció por los Tribunales<sup>55</sup> y parte de la doctrina que, además, la justificaban con el hecho de que estos salarios se abonaban sin contraprestación laboral, podían correr a cuenta del Estado alguna vez, y disminuyen en función de los ingresos obtenidos por el trabajador durante el periodo en que dejó de trabajar<sup>56</sup>.

Poco después apareció una posición más neutra que mezclaba la naturaleza salarial y la indemnizatoria. Este peculiar posicionamiento diferenciaba la percepción de los salarios dejados de percibir en función de las consecuencias del despido, es decir, dependiendo de si era la readmisión o la extinción indemnizada del contrato de trabajo. En el primer caso, la readmisión, se consideraba que los salarios dejados de percibir

---

<sup>55</sup> Entre otras las SSTS, de 13 de mayo de 1991 (Nº. 2460/1991) y de 19 de mayo 1994 (Rec. 1729/1993).

<sup>56</sup> M<sup>a</sup> ASUNCION DOMBLAS Y MAITE FERNANDEZ BARAIBAR, *Calificación y Consecuencias del Despido Improcedente y por Causas Objetivas*, Volumen 5, 2007, Aranzadi, págs. 116 y 117.

tenían naturaleza salarial, ya que la relación de trabajo no se habrá extinguido. Y en el caso de la extinción indemnizada naturaleza indemnizatoria.

Y, un posterior cambio de criterio tanto doctrinal<sup>57</sup> como jurisprudencial determinó que la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación es la salarial, frente a la indemnizatoria o mixta que se dejaron de contemplar<sup>58</sup>. Reflejo de ello es la STS, de 7 de julio de 1994 (Rec. 93/1994) que resuelve en unificación de doctrina la cuestión de la identificación de los salarios de tramitación. Esta Sentencia expone, sin ningún género de duda, que la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación es la salarial. Y motiva lo anterior con diferentes argumentos:

a) *«Es decir, los salarios de tramitación suponen la reconstrucción de la relación jurídica rota por el contratista, que debe efectuarse abonando la retribución que el trabajador dejó de percibir por haber sido privado injustamente de realizar su trabajo en la obra objeto de la contrata y estos salarios deben tener el mismo tratamiento que los que le hubieran correspondido en caso de haber realizado su trabajo en la obra contratada.»*

Por lo que, si deben de tener el mismo tratamiento, los salarios de tramitación tendrán la misma naturaleza salarial que los que le correspondieren por realizar efectivamente su trabajo.

b) *«Por otra parte, una interpretación literal de la normativa vigente conduce a apreciar la naturaleza salarial de estos devengos pues el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores impone al empresario la obligación de abonar los "salarios dejados de percibir" en caso de declaración de despido nulo y el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores expresa que la obligación empresarial se contrae a una cantidad equivalente a los salarios dejados de percibir en caso de despido improcedente (en los mismos términos, los artículos 110.1 y 113 de la Ley de Procedimiento Laboral), abandonando la expresión "indemnización complementaria" que se utilizaba en las disposiciones legales*

---

<sup>57</sup> Entre otros y por ejemplo: GARATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*. Madrid, Acarl, 1994, págs. 64 a 66.

<sup>58</sup> M<sup>a</sup> ASUNCION DOMBLAS Y MAITE FERNANDEZ BARAIBAR, *Calificación y Consecuencias del Despido Improcedente y por Causas Objetivas*, Volumen 5, 2007, Aranzadi, pág. 117.

*anteriores. También se afirma su carácter salarial en el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores cuando establece la obligación del Fondo de Garantía Salarial de abonar los salarios pendientes de pago y, a tal efecto, dice que se considera salario "la indemnización complementaria por salarios de tramitación"».*

La naturaleza salarial de los salarios de tramitación también proviene de la denominación de estos en el ET, pero como se dijo al inicio de este Fundamento Jurídico, no es el único argumento en el nos podemos basar para alegar su naturaleza salarial.

*c) «De otro lado los salarios de tramitación están sujetos a cotización a la Seguridad Social y, como informa el Ministerio Fiscal, este dato reafirma su carácter salarial y no indemnizatorio de acuerdo con los artículos 64 y 70 de la Ley General de la Seguridad Social y disposiciones concordantes sobre altas y bajas de los trabajadores en las empresas».*

Luego, que estén sujetos a cotización también demuestra su carácter salarial.

Pero, pese a que la doctrina acogió como correcto el criterio del TS, también se manifestó comentando que los argumentos no eran los idóneos, ya que las normas también hablan de indemnización al referirse a los salarios de tramitación, el FOGASA responde también de las indemnizaciones y no solo de las rentas salariales, y la cotización en la Seguridad Social es más una consecuencia que una razón de la naturaleza salarial. Además, algunas sentencias posteriores a la citada en este texto han seguido considerando la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación<sup>59</sup>.

Por todo ello, y debido a la fragilidad de los argumentos de la jurisprudencia hasta ese momento, para considerar la naturaleza de los salarios de trámite como salarial, el TS dio un vuelco a esta consideración y en la STS, de 14 de junio de 1998 (Rec. 3482/1997) se pronunció sobre la naturaleza jurídica indemnizatoria de los salarios de tramitación. Esta Sentencia recoge a lo largo de su argumentación, motivos por los cuales los criterios de la STS, de 7 de julio de 1994, no podían prosperar. La STS, de 14 de junio de 1998, contempla como argumento principal, para considerar la

---

<sup>59</sup> M<sup>a</sup> ASUNCION DOMBLAS Y MAITE FERNANDEZ BARAIBAR, *Calificación y Consecuencias del Despido Improcedente y por Causas Objetivas*, Volumen 5, 2007, Aranzadi, págs. 119 y 120.

naturaleza indemnizatoria de estos salarios, el hecho de que se trate de una cantidad que se percibe para compensar al trabajador de un perjuicio derivado de su despido, es decir, el no recibir cantidad alguna desde el despido y durante la tramitación del proceso correspondiente de impugnación; y por ello, si el trabajador encuentra un nuevo puesto de trabajo en este lapso de tiempo no existirá perjuicio y se reducirá la cantidad a percibir por salarios de tramitación.

Definitivamente, en nuestro derecho interno no existe una clara diferenciación de la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación, ya que existen argumentos para acoger tanto la naturaleza salarial como la indemnizatoria. Por tanto, se puede decir que los salarios de tramitación tienen una naturaleza jurídica propia, que si bien se encuentra muy cercana a la indemnizatoria, el legislador le ha asignado ciertos efectos de la naturaleza salarial. Es decir, que estos salarios tienen régimen propio de naturaleza indemnizatoria o extrasalarial, salvo en lo que se halle previsto de manera específica para ellos en la legislación.

De todo esto se puede concluir que los salarios de tramitación no tienen la misma naturaleza indemnizatoria que la indemnización por despido improcedente, ni incluso cuando esta indemnización deriva de la no readmisión del trabajador por el empresario, como ocurre en nuestro supuesto de hecho. Y, por eso, los efectos del transcurso del plazo de prescripción para solicitar la indemnización y los salarios de tramitación son distintos, pues el artículo que los regula no es el mismo. Tal y como expresamos en el recurso de suplicación como cuestión subsidiaria y en defensa de los intereses del trabajador, los salarios de tramitación tienen naturaleza jurídica distinta de la indemnización y no le corresponden el plazo de tres meses del art. 279.2 LRJS, sino el plazo de un año del art. 243.2 LRJS<sup>60</sup>. Esta cuestión fue estimada por el TSJ Aragón como se expresa en el Fundamento Jurídico anterior, pero también se aborda desde otra perspectiva. No solo es que ambas cantidades tengan naturaleza jurídica diferente conforme a lo expuesto hasta aquí, sino que además se trata de obligaciones distintas. La indemnización, por mucho que sea una cantidad de dinero, no es más que la sustitución y castigo de la no readmisión, es decir, que aquella es una obligación de hacer en sustitución de esta. Y, sin embargo, la obligación de entregar los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia es

---

<sup>60</sup> Vid. art. 243.2 LRJS: En todo caso, el plazo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero será de un año.



más bien una obligación de entregar una cantidad de dinero. Por tanto, se establece una diferencia más entre ambas cantidades ya que una es una obligación de hacer y otra una obligación de entregar una cantidad de dinero. Argumento para que todavía y con más razón ambas tengan efectos distintos.

Resumiendo de manera más simple la distinción del efecto de prescripción en ambas cantidades de dinero, se puede decir que: la indemnización, como castigo y sustitución de la no readmisión, es decir, como obligación de hacer, tiene el plazo para solicitarse establecido en el art. 279.2 LRJS, el de tres meses desde la firmeza de la sentencia, al igual que los salarios de tramitación que se devenguen desde la notificación de la sentencia. Y, los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia tienen el plazo para solicitarlos de un año, conferido por tratarse de una obligación de entregar una cantidad de dinero conforme al art. 243.2 LRJS.

Por tanto, como defensa del trabajador hicimos bien el solicitar en el recurso de suplicación que nuestro cliente no tenía prescritos los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (3 de abril de 2017) hasta la notificación de la Sentencia (21 de julio de 2018), a razón de los 28,73 € brutos diarios que venía cobrando y así fueron determinados por el Juzgado de lo Social en el Auto de 21 de enero de 2019. Y, también actuó correctamente el TSJ de Aragón al estimar esta petición subsidiaria en su Sentencia, de 24 de abril de 2019.

## **V.- CONCLUSIONES**

PRIMERA.- El despido ante el que nos encontramos es un despido improcedente, tal y como ha sido calificado en la Sentencia del Juzgado de lo Social. Esto es debido a que se han incumplido los requisitos exigidos tanto de forma como de fondo para el despido por causas objetivas. Los de forma, porque no se ha puesto a disposición del trabajador, simultáneamente con la entrega de la carta de despido, la indemnización correspondiente, conforme al art. 53 ET. Y los de fondo, porque no se ha justificado en la carta de despido la causa alegada por el empresario, conforme al art. 52 ET. De todos modos, siendo que la deficiencia de forma previene a la de fondo, solo hubiera sido necesaria demostrar la primera para poder calificar el despido de improcedente.

Además, hay que tener en cuenta que la calificación como improcedente solo podrá ser reconocida por el juez en sentencia o por el empresario en la fase de conciliación. De ahí la importancia de esta fase conciliadora iniciada por el trabajador con la papeleta de conciliación y previa a la vía jurisdiccional social.

Intentada la conciliación y tras los trámites correspondiente del procedimiento jurisdiccional laboral, se llegó al acto del juicio en el que, vista la ausencia del empresario e intuyendo la futura posición jurídica de insolvencia de la empresa, se podría haber solicitado por parte del trabajador que la opción a favor de la indemnización quedara fijada en el acto del juicio, conforme al art. 110.1 b) LRJS. Sin embargo, esto no fue así ya que no era fácil demostrar la imposibilidad de readmitir al trabajador, porque la declaración de extinción de la empresa por Auto de concurso voluntario se produjo en un momento posterior al acto del juicio. Misma razón por la que el FOGASA tampoco fue llamado todavía.

Definitivamente, no cabe duda de que la sentencia que se dictó en el Juzgado de lo Social calificó correctamente el despido como improcedente y condenó a la empresa, de acuerdo con la legalidad, a que a su elección readmitiera al trabajador o le indemnizará, con la aportación de los salarios de tramitación en caso de la readmisión.

SEGUNDA.- La posición del trabajador en estos supuestos en los que la empresa se halla en concurso no debe alarmar. Puesto que el trabajador había sido

despedido antes de que la empresa entrara en concurso, no había salarios vencidos y no pagados, sino que existía una única situación de despido improcedente. Por tanto, la representación del trabajador debe actuar en el proceso judicial con independencia de la situación jurídica de la empresa. Es decir, el objetivo es tener una sentencia que califique el despido como improcedente, solicitar su ejecución en tiempo y conseguir tanto un Auto que estime la ejecución de la sentencia firme de despido como el Auto que, intentada la ejecución, declare la insolvencia de la empresa. Tras esto el FOGASA devendría responsable subsidiario y el trabajador podría cobrar al menos la parte de la que se tiene que hacer cargo el organismo.

Esta hubiera sido la situación ideal en un supuesto como el nuestro en el que la empresa se extingue por Auto de concurso voluntario en un momento posterior al despido del trabajador y del acto del juicio. Sin embargo, la demanda ejecutiva se interpuso fuera de plazo y la indemnización se encontraba prescrita.

TERCERA.- Cuestión fundamental de este dictamen es el momento en el que el FOGASA se convierte en responsable subsidiario del empresario. Tal y como se ha expuesto con la argumentación de la jurisprudencia actual, este momento no nace en la fecha de declaración de concurso de una empresa, sino cuando se declaran extinguidos los contratos mediante auto de extinción de las relaciones laborales. Es decir, que hubiera sido tras el Auto de ejecución de sentencia firme de despido cuando se hubiera dictado un Auto de insolvencia de la empresa que, a su vez, hubiera convertido indirectamente al FOGASA como responsable subsidiario.

Pese a ello, el FOGASA ostentaba previamente facultades para defender en el proceso laboral su futura responsabilidad. Así el FOGASA, con las mismas facultades que las partes, actuó en el proceso de ejecución tras ser llamado a él, debido a su posible y futura responsabilidad, conforme al art. 23.2 LRJS. Proceso en el que alegó la excepción de prescripción que terminó estimándose por el TSJ de Aragón.

En todo caso, de las cantidades que finalmente se tuviera que hacer cargo el FOGASA como responsable subsidiario, este organismo se subrogaría posteriormente en la titularidad del crédito que tiene el trabajador contra el empresario, según el art. 33.4 ET.

CUARTA.- Otro de los puntos fundamentales del caso y de este dictamen es la prescripción alegada por el FOGASA en el proceso de ejecución. La jurisprudencia es clara e interpreta la normativa en el sentido de que el plazo máximo para interponer la ejecución de la sentencia firme de despido, en un caso como el nuestro en el que el empresario no ha elegido ni la readmisión ni la indemnización en tiempo, es de tres meses a contar desde la firmeza de la sentencia dictada por el juez de lo social y no desde la notificación de tal firmeza, conforme al art. 279.2 LRJS. La firmeza se consigue con el agotamiento de los recursos legales o con el transcurso de su plazo sin interponerlos.

Por ello, es correcto el Auto del Juzgado de lo Social que desestima la demanda de ejecución declarando haber lugar a la excepción de prescripción alegada por el FOGASA. En este supuesto, habían transcurrido más de tres meses desde la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social, independientemente de cuándo fuera la notificación de esta sentencia por vía edictal.

Sin embargo, los salarios de tramitación que se recogen en la sentencia del Juzgado de lo Social, es decir, los que van desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, no se pueden entender prescritos. A la indemnización, al tratarse de una obligación de hacer que sustituye en este caso a la opción de la readmisión no efectuada por el empresario, le corresponde el plazo de los tres meses del art. 279.2 LRJS para solicitar su ejecución. Pero a los salarios de tramitación expuestos, al tratarse una obligación de entregar una cantidad de dinero, le corresponde el plazo de un año del art. 243.2 LRJS. Por lo que, estos últimos no están prescritos y así lo reconoce el TSJ de Aragón tras el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador.

QUINTA.- A parte de la diferente calificación entre la indemnización y los salarios de tramitación, al ser la primera una obligación de hacer y los segundos una obligación de entregar una cantidad de dinero, existe otro tipo de diferencia entre ambas con respecto a su sustantividad.

Está claro que la naturaleza de la indemnización es la indemnizatoria. Sin embargo, durante mucho tiempo se ha discutido sobre la naturaleza de los salarios de tramitación, teniendo todavía a día de hoy posiciones diferentes en cuanto a si es indemnizatoria o salarial. La situación actual es que los salarios de tramitación tienen

una posición jurídica muy cercana a la indemnizatoria, puesto que se percibe para compensar al trabajador de un perjuicio derivado de su despido, pero tienen efectos de naturaleza salarial, como por ejemplo el estar sujetos a cotización. Pero lo que no plantea duda alguna es que, los salarios de tramitación que van desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, no tienen la misma naturaleza o sustantividad que la indemnización por despido improcedente, tal y como se ha podido observar en este supuesto.

Esta es la opinión que emito como dictamen y que someto a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 12 de Diciembre de 2019.

## VI.- BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

### 1. MANUALES

AA.VV., *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre de 2011*, 2013, Comares S.L.

COBO SÁNCHEZ, A. *Las prestaciones del FOGASA. Cómo reclamar con éxito*, 2017, Wolters Kluwer.

DOMBLAS, M<sup>a</sup> A. Y FERNANDEZ BARAIBAR, M., *Calificación y Consecuencias del Despido Improcedente y por Causas Objetivas*, Volumen 5, 2007, Aranzadi.

ROQUETA BUJ, R. *La acción protectora del FOGASA*, 2017, Tirant lo Blanch.

### 2. JURISPRUDENCIA (PLATAFORMAS DIGITALES CENDOJ Y EL DERECHO)

- Sentencias del Tribunal Supremo:

STS, de 13 de mayo de 1991 (Nº. 2460/1991).

STS, 19 de mayo 1994 (Rec. 1729/1993).

STS, de 7 de julio de 1994 (Rec. 93/1994).

STS, de 4 de febrero de 1995 (Rec. 1450/1994).

STS, de 14 de junio de 1998 (Rec. 3482/1997).

STS, de 20 de marzo de 2002 (Rec. 1833/2001).

STS, de 5 de julio de 2011 (Rec. 2603/2010).

STS, 24 de enero de 2012 (Rec. 1413/2011).

STS, de 27 de diciembre de 2013 (Rec. 3034/2012).

STS, de 10 de junio de 2014 (Rec. 1409/2013).

STS, de 21 de julio de 2016 (Rec. 879/2015).

STS, de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016).

STS, de 19 de marzo de 2018, (Rec. 10/2016).

STS, de 25 de septiembre de 2018 (Rec. 3332/2016).

STS, de 14 de febrero de 2019 (Rec. 1782/2017).

STS, de 22 de febrero de 2019 (Rec. 226/2017).

STS, de 5 de marzo de 2019 (Rec. 620/2018).

STS, de 12 de abril de 2019 (Rec. 2894/2017).

STS, de 24 de septiembre de 2019 (Rec. 1397/2017).

- Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ de Canarias, de 25 de julio de 2000 (Rec. 328/2000).

STSJ de Andalucía, de 11 de enero de 2002 (Rec. 3662/2001).

STSJ Extremadura, de 21 de abril de 2004 (Rec. 186/2004).

STSJ Galicia, de 15 de noviembre de 2004 (Rec. 3275/2004).

STSJ de Aragón, de 17 de noviembre de 2010 (Rec. 736/2010).

STSJ de Andalucía, de 11 de mayo de 2011 (Rec. 3293/2010).

STSJ de Castilla-La Mancha, de 31 de julio de 2012 (Rec. 728/2012).

STSJ de Cataluña, de 15 de noviembre de 2012 (Rec. 5535/2012).

STSJ de Madrid, de 26 de noviembre de 2012 (Rec. 944/2012)

STSJ de Galicia, de 2 de mayo de 2013 (Rec. 473/2013).

STSJ de Andalucía, de 22 de mayo de 2014 (Rec. 728/2014).

STSJ de Cataluña, de 20 de enero de 2015 (Rec. 6693/2014).

STSJ de Cataluña, de 28 de noviembre de 2016 (Rec. 4893/2016).

STSJ de Canarias, de 26 de enero de 2017 (Rec. 547/2016).

STSJ de Madrid, de 14 de julio de 2017, (Rec. 126/2017).